

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CRISTINA TEREZA GAULIA

Juíza de Direito TJ/RJ

I. INTRODUÇÃO

“O que é dar sentido? Para o sujeito que fala, é construir sítios de significância (delimitar domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação” (in As Intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais, Lenio Luiz Streck, citando Eni Puccinelli Orlandi).

O operador jurídico, categoria na qual estão incluídos os juízes, promotores, advogados, entre outros, está hoje submetido, em todos os seus momentos de atuação profissional, a um “pré-suposto” que nos parece essencial, como bem esclarece a palavra, a um juízo prévio antes da aplicação de qualquer lei ao caso concreto que se lhe apresenta.

Tal questão preliminar é a que diz respeito ao fortalecimento da cidadania.

Em um País como o Brasil, marcado fundamentalmente pela intensa desigualdade socioeconômica, e com um histórico de divisão da sociedade civil entre aqueles que são e os que não são, aqueles que conhecem e os que nada sabem, e aqueles que podem ter em detrimento dos que tudo perdem, não se pode mais conceber militantes do direito, estejam estes atuando onde estiveram, que de forma absolutamente divorciada da realidade que os circunda, atuem com a visão circunscrita à letra da lei.¹

¹ Sublinha TEPEDINO, Gustavo, no texto “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in **Problemas do Direito Civil Constitucional**, que “ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história”. A feliz expressão é do italiano Stefano Rodotà que a utiliza no livro **Ideologia e techniche della riforma del diritto civile**, citada pelo Prof. Tepedino. E efetivamente se percebe atualmente uma tendência criadora do operador moderno do direito, principalmente do Juiz, que preocupado com a efetividade da Jurisdição não mais se deve apegar a formalismos legais incongruentes.

Como muito acuradamente pontua o conhecido geógrafo Milton Santos:

“O respeito ao indivíduo é a consagração da cidadania, pela qual uma lista de princípios gerais e abstratos se impõem como um corpo de direitos concretos e individualizados.

A cidadania é uma lei da sociedade que, sem distinção, atinge a todos e investe cada qual com a força de se ver respeitado contra a força bruta, em qualquer circunstância.

A cidadania, sem dúvida, se aprende. É assim que ela se torna um estado de espírito, enraizado na cultura. É, talvez, nesse sentido, que se costuma dizer que a liberdade não é uma dádiva, mas uma conquista, uma conquista a manter. Ameaçada por um cotidiano implacável, não basta à cidadania ser um estado de espírito ou uma declaração de intenções. Ela tem o seu corpo e os seus limites como uma situação social, jurídica e política. Para ser mantida pelas gerações sucessivas, para ter eficácia e ser fonte de direitos, ela deve se inscrever na própria letra das leis, mediante dispositivos institucionais que assegurem a fruição das prerrogativas pactuadas e, sempre que haja recusa, o direito de reclamar e ser ouvido.”²

Tais considerações são particularmente aplicáveis aos Membros do Poder Judiciário que, fora de dúvida, funciona hoje mais do que nunca, como a última chance de busca, pela maioria dos brasileiros, de respeito por seus direitos fundantes.

Ou seja, enquanto a missão dos Juízes foi em um determinado período histórico a mera composição do conflito de interesses interpessoais das partes no processo, o que possibilitava ao Julgador olhar somente para o que continham os autos (famoso o refrão de que “o que não está nos autos, não está no mundo do Juiz”), podiam aqueles enquadrar-se na estreita cir-

² SANTOS, MILTON. **O Espaço do Cidadão**, NOBEL, 5ª edição, p. 7/8. Pode-se aqui, sem sombra de dúvida concluir, que o geógrafo conhece o trabalho do italiano Mauro Cappelletti sobre “as três ondas de acesso à justiça”. No trabalho escrito com a cooperação do americano Bryant Garth, **Acesso à Justiça**, tradução brasileira da Ministra Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris Editor, 1988, Cappelletti refere que a primeira onda seria a necessária assistência judiciária gratuita; a segunda, a legitimidade de determinados organismos de representar em Juízo os interesses supraindividuais (difusos e coletivos), e a terceira onda seria a preocupação do jurista, mais especificamente do processualista, em descobrir os meios mais eficientes de garantir a efetiva prestação jurisdicional.

cunscrição do texto literal das leis, sem qualquer preocupação com o seu real conteúdo.

Julgava então o Juiz, solucionando meramente o conflito posto, sem correlacioná-lo com as possíveis repercussões de sua decisão no seio social.

Praticava-se (e ainda se pratica) a implementação diuturna da regra à qual se referiu o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em recente conferência proferida no simpósio “O Direito no Século XXI”, que se resume na

“onipotência da norma ou o mito do vale o que está escrito.”

Entretanto, é preciso demover o Juiz de antigas práticas totalmente inadequadas à prestação jurisdicional de resultados, fazendo-o ter olhos para a busca da eficácia de suas decisões não só no restrito âmbito interpartes, mas também como interventor ativo na realidade social.³

Esta redefinição da função do Juiz encontra âncoras na modernidade através de ensaístas como Nestor García Canelini, que escreve com extrema acuidade:

“... mais do que como valores abstratos, os direitos são importantes como algo que se constrói e muda em relação a práticas e discursos. A cidadania e os direitos não falam unicamente da estrutura formal de uma sociedade, além disso indicam o estado de luta pelo reconhecimento dos outros como sujeitos de ‘interesses válidos, valores pertinentes, e demandas legítimas’. Os direitos são reconceitualizados como ‘princípios reguladores de práticas sociais, definindo as regras da reciprocidade esperadas na vida em sociedade através da atribuição mutuamente consentida (e negociada) das

³ Através das decisões judiciais pode o Juiz efetivar mudanças práticas no atuar injusto de alguns agentes sociais que são recalcitrantes em desrespeitar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal ao cidadão. A respeito remetemos o leitor ao trabalho “Precatório, Tutela Antecipada e Crédito Alimentar”, do Professor e Desembargador Federal J. E. Carreira Alvim, na **Revista Juris Poesis** (Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Ano 2, nº 3, 2000, p. 133 *et seq.*), onde o autor defende, com arguta propriedade, a possibilidade de seqüestro de renda de autarquia previdenciária que se recusa a cumprir determinação judicial antecipatória de concessão de benefício previdenciário, benefício de caráter alimentar, sem o qual o cidadão pode vir a morrer à míngua, sem prejuízo da prisão pelo descumprimento pessoal da ordem pelo agente. Sem dúvida que, se tais medidas fossem aplicadas pela maioria dos Magistrados, e não por uma minoria disposta a quebrar padrões conservadores, em pouco tempo o órgão previdenciário adotaria uma nova postura em relação aos seus beneficiários. Este o caráter pedagógico da Jurisdição que evidentemente muda o comportamento dos membros da sociedade.

obrigações e responsabilidades, garantias e prerrogativas de cada um'. Os direitos são concebidos como expressão de uma ordem estatal e como 'uma gramática civil'."⁴

Tal reconceitualização no contexto do processo, passa por uma renovação de leituras e exegeses das normas procedimentais, fazendo valer também com relação às regras de processo civil, os princípios constitucionais que viabilizarão a efetivação de um Estado Democrático de Direito.⁵

Desta forma é que se volta o direito para as pessoas, que são o núcleo mais importante do processo.

Resgata-se o cidadão por trás do papel, o conteúdo de dentro da forma, e a implementação justa do direito material da parte, redefinindo-se a forma como mero instrumento e não como fim.⁶

Não é mais possível negar o papel sócio-político dos Magistrados no mundo de hoje.

Como muito bem expressa a Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

"... certas técnicas legislativas privilegiam disposições elásticas, flexíveis e esfumaçadas em seu conteúdo, as quais acabam por delegar ao juiz opções, que o legislador não pode ou não quer operar. Desta forma, o processo tende a se tornar um espaço importante de justiça distributiva.

A lei cessa de ser para o juiz a diretiva que ele se limita a seguir, sem qualquer possibilidade de adaptação. Ela não o constrange mais,

⁴ CACLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos – Conflitos multiculturais da Globalização**, Editora UFRJ, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 22/23, citando TELLES, Vera da Silva, "Sociedade Civil e a Construção de Espaços Públicos", in **Anos 90: Política e Sociedade no Brasil**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1994, p. 91/92.

⁵ Da mesma forma como se fala em um direito civil-constitucional (expressão utilizada por MORAES, Maria Cellina Bodin de, na Conferência "Direito Civil Constitucional", proferida em maio/1999, na AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, gravada em vídeo pelo CEPAD), é preciso sublinhar por igual a importância do direito processual civil de cunho constitucional, que seria aquele que reconduz a pessoa humana para o centro das atenções do Julgador. O processo deixa assim de ser mero acúmulo de papéis visando a concretização de formalidades, passando a ser *olocus* onde sobrelevam as situações existenciais conflituadas do cidadão-jurisdicionado.

⁶ Assim, DINAMARCO, Cândido R., **Instrumentalidade do Processo**, 2ª edição, RT, 1990, em que o Mestre revela logo de início que "é indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo "método de pensamento" e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem" (p. 23).

eis que diante das normas pode o magistrado eleger aquela que considere mais adequada para a defesa dos interesses que julgar devam prevalecer e entre as interpretações possíveis se utiliza daquela que melhor compõe o caso concreto.

...

De oráculo que permitia que a lei falasse por sua boca, o juiz passa a intérprete da norma, depositário da tarefa de clarificar a relativa indeterminação do sentido da lei e do dever de aplicá-la conforme um ideal de Justiça.”⁷

Por conseguinte passa o Julgador a utilizar um processo de redescoberta dos conteúdos normativos da lei, ***ex informata consciencia***, deixando de lado os ultrapassados rigores formalistas que levaram seus antecessores à decisões belíssimas, porém por vezes, inúteis ao cidadão que padecia as angústias e mazelas decorrentes do conflito.⁸

No âmbito do processo civil em vigor, é enorme a diferença entre o atuar modernizador de um Magistrado que compreende a definição de “processo civil de resultados”, e a atuação paralisante e procrastinatória dos que ainda sobrepõem a forma ao efetivo escopo da Jurisdição.

Citamos a respeito as precisas exemplificações do renomado processualista Cândido Dinamarco:

“Na jurisprudência brasileira recente, conhecem-se situações em que, independentemente de lei específica a consagrar certos princípios constitucionais do processo, têm eles sido lembrados e impostos em casos concretos mediante suas aplicações específicas. É o caso, v.g., da reiterada orientação no sentido de ser nulo o interrogatório do

⁷ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de, “O Papel Político do Poder Judiciário”, **Revista da EMERJ** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 3, nº 11, 2000, p. 183 e 184.

⁸ A respeito veja-se o exemplo da decisão da I Turma Recursal do Rio de Janeiro no Recurso Inominado do Proc. nº 2001.700.000203-9, entre as partes Gelson Freitas Filho e outra e Lenilson Gonçalves Bonfim, em que fomos o Juiz Relator, no qual os devedores executados pretendiam a anulação de uma execução por título extrajudicial após três anos de tramitação do processo no XVII Juizado Especial Cível, sob o argumento de que não havia sido designada a audiência de conciliação a que se refere o art. 53 § 1º da Lei 9.099/95, muito embora tivessem tido não só prazo assegurado para o oferecimento dos embargos do devedor, como também o próprio devedor concordara em fazer com os mesmos um acordo no curso da execução, que afinal restou descumprido. A tentativa de procrastinar a execução foi pela Turma afastada, pois não é o ato da audiência que deve ser priorizado, mas as possibilidades que a audiência visa preservar: tentativa de conciliação e defesa através do meio próprio, que são os embargos do devedor.

*acusado sem a presença do defensor, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa, ou de julgado que repeliu a aplicação rígida de regras do Código de Processo Civil sobre o valor da causa, porque a exagerada elevação deste para fins de adiantamento de custas representa inconstitucional entrave ao acesso à Justiça e violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (por análogo fundamento, a Corte constitucional italiana declarou inconstitucional a exigência de **cautio pro expensis**, que também viola a garantia constitucional da igualdade); ou, ainda, de vários posicionamentos em prol da abertura da **legitimatio ad causam**, seja para dar um elastério maior ao significado da locução ‘direito individual’, contida na garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional seja repudiando o individualismo da regra da legitimação individual.”⁹*

De acordo com tal ensinamento torna-se necessário reinterpretar velhas máximas clássicas do processo civil à luz das novas normas principiológicas, filhas diletas da Constituição Federal de 1988.

II. O PAPEL INOVADOR DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao surgir no cenário jurídico nacional a Lei 8.078/90, não podiam entrever seus idealizadores, o impacto que uma legislação avançada, modernizante e de caráter misto, pois que seu conteúdo é de ordem material e processual, viria a causar na ordem jurídica nacional, cujas raízes legais

⁹ Veja-se a respeito Decisão da I Turma Recursal do Rio de Janeiro no Recurso Inominado do Proc. 2000.700.0004291-9, entre as partes AMIL – Assistência Médica Internacional Ltda. e Jaqueline Quiroga Furtado, v.u., j. 24.08.2000, cuja ementa reza: “**PLANO DE SAÚDE** – Contratação feita entre o fornecedor e o consumidor através de estipulante que vem a ser o empregador da autora – Legitimidade da autora em propor ação em face da ré por eventual descumprimento do contrato – Consumidor que por sofrer de modo imediato as consequências do inadimplemento contratual deve ser protegido também por regras processuais que lhe permitam obter o resultado prático de modo mais rápido e eficaz – Preliminar de ilegitimidade ativa bem afastada pela Sentença – Cônjuge de titular de plano regularmente inscrito como dependente, que é portador de enfermidade gravíssima que somente se mantém sob controle com uso de medicamento injetável de cunho quimioterápico (leucemia mielóide) – Autora e dependente associados à empresa-ré há muitos anos e com pagamentos mantidos em dia ... – Cláusula de não cobertura de medicamentos para tratamento domiciliar que não é de ser interpretada **lato sensu** para excluir tratamento medicamentoso sem o qual a vida do associado doente se inviabiliza ... – Sentença que declara a obrigação da ré em continuar ministrando o tratamento, confirmando tutela antecipada e fixando indenização de 10 salários-mínimos pelo dano moral, que se confirma integralmente.”

ainda se assentavam em legislações do século XIX (o Código Comercial de 1850 e o Código Civil que, muito embora tivesse vindo à lume em 1916, foi engendrado no final da era oitocentista).

O Código de Defesa do Consumidor surge para concretizar a busca da sociedade civil por um Judiciário mais integrado às suas reais e diárias necessidades.

É, como se disse, uma lei de princípios que visam ao fortalecimento dos valores inseridos, inclusive, no preâmbulo da Constituição de 1988, que estabelecem as bases de uma cidadania forte e garantida, onde a igualdade viceje real e não apenas vernacular, e onde as máximas - segurança, bem-estar, desenvolvimento, dignidade e justiça - sejam verdades usufruídas pela maioria, e não por uma minoria privilegiada.¹⁰

É que muito embora vários constitucionalistas de escol, como Canotilho e José Afonso da Silva, afirmem com convicção e inquestionável sabedoria, que não há normas sem eficácia no texto constitucional, não menos verdade que os operadores do direito em nosso País de um modo geral, e os Magistrados em particular, não estão familiarizados com o modo pelo qual se pode aplicar os macroprincípios fundamentais da Constituição ao conflito de interesses particularizado.¹¹

Era necessário por conseguinte (e ainda é, pois que longe estamos da efetivação plena de todas as normas constitucionais) que o legislador, através de alguns textos legais, criasse canal para que o operador do direito implementasse pouco a pouco a vontade da Lei Maior.

Destarte, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, surgiram leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais, entre outras.

¹⁰ Como ensina MARQUES, Cláudia Lima, comentando a nova teoria contratual no âmbito das relações de consumo, in **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, RT, 3ª edição, 1999, “haverá um “intervencionismo” cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social”, p. 102.

Caso não surgissem no cenário jurídico nacional, leis infraconstitucionais, cuja máxima fossem os direitos fundamentais do indivíduo, com o deslocamento da ótica patrimonialista para um plano em que se volta a colocar o ser humano no centro das atenções, continuaria a Carta de 88 a ser mera compilação de boas intenções.

¹¹ Ver SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, Malheiros Editores, 3ª edição, 1999, em que o professor português é reiteradamente referido.

A lei que se guia, por princípios, como é o caso da Lei 8.078/90, permite uma ampliação muito maior do horizonte decisório do Juiz, do que o texto legal que prevê hipóteses positivadas e elencadas *numerus clausus*.¹²

Os conteúdos principiológicos não se esvaziam com o tempo, mas requerem constantes suplementações, uma vez que são textos em aberto a serem concretizados pelo Juiz diante das hipóteses ricas e sempre novas que a realidade traz para dentro do processo.

O CDC instaura a era do macroprocesso, projeto de caminhada também abraçado pelos mentores da reforma do CPC, iniciada em 1994, na feliz expressão usada pela processualista Sérgio Bermudes, e repetida pelo Defensor Público José Augusto Garcia, salientando ambos os juristas, que a transcendência é a característica primacial deste processo que, ciente e consciente de sua relevância social busca ser “instrumento de pacificação”, não só porque resolve com efetividade o conflito, escopo imediato da jurisdição, mas também porque de forma mediata serve de “método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito.”¹³

O processo, portanto, nesta acepção maior, abrange a finalidade de transformação do núcleo social, de modo que, a longo prazo, o conflito individual não mais chegue ao Judiciário, pois que todas as partes, que potencialmente nele poderiam se ver envolvidas, já estão aptas a se comportar de modo a evitar aquele conflito, ou negociar a solução *de per se* sem a interferência do Judiciário, caso o conflito se efetive.¹⁴

¹² Assim TEPEDINO, Gustavo, aprofundando a referência aos sistemas abertos nos quais “os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”, *op. cit.*, p. 13/14.

¹³ Ver GARCIA, José Augusto, “O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no Processo do Consumidor, na **Revista de Direito do Consumidor**, RT, v. 28, out/dez-98, p. 89, especificamente quanto aos escopos do processo civil moderno refletidos nos comentários de Sérgio Bermudes, in **Introdução ao processo civil**, 2ª edição, Forense, 1996, p. 72.

¹⁴ Sobre a importância da conciliação como instrumento de RAD – Resolução Alternativa de Disputas, citamos referência do desembargador Antônio Carlos Viana em entrevista concedida em junho/julho-1995 ao jornal **Tribuna da Magistratura**, em que refere “... a conciliação pacífica. Se as causas, que deram motivo ao entrevero, não forem eliminadas, o desatendimento e o amargor de um para com o outro continuam. É até melhor do que uma sentença, porque por melhor que o Juiz tenha dado a sentença tecnicamente de forma adequada, ela vai descontentar a parte que perdeu, e, às vezes, descontenta as duas. A conciliação é a melhor forma não só de simplificação, como também de se levar a paz e até chegar a uma ordem pública num País atualmente tão sofrido, moral e economicamente”, citação feita na **Revista dos Juizados Especiais do TJRS**, v. 20, ago/1997, p. 30.

É claro que, como a sociedade é dinâmica, novos conflitos sempre eclodirão, por isso é necessário que o Judiciário implemente, cada vez mais, ao lado da função de distribuição do direito concreto, sua função preventivo-pedagógica.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor abre diante do Juiz cenário novo e impulsionador.

Estamos vivendo através do sistema de princípios do Código de Defesa do Consumidor “uma verdadeira revolução”.

“Sem terror, ou cabeças rolando, produziu-se um diploma extremamente avançado ... que arrebatou e transcende”, como bem expõe o Defensor Público José Augusto Garcia.¹⁵

E não é outro o entendimento do Des. Sérgio Cavalieri Filho que em mui divulgado ensaio sobre a responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor, ensina:

“Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito-público ou privado, material ou processual – onde ocorrem relações de consumo.

Usando de uma figura, costumo dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhes são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor.”¹⁶

Em função da corretíssima lição do Des. Sérgio Cavalieri Filho segue-se a necessária conclusão de que, tanto as regras de cunho material como aquelas de natureza processual, insculpidas no CDC, devem ser interpretadas dentro da linha principiológica que são a nota diferencial do estatuto consumerista, sob pena de pecarem os operadores do direito pela incongruência.

¹⁵ GARCIA, José Augusto, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶ CAVALIERI Fº, Sergio, in “A Responsabilidade do incorporador/construtor no Código de Defesa do Consumidor”, **Revista AJuris**, Edição Especial referente ao IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 1998, p. 431.

Começa desta forma o processo de reconceitualização dos institutos, a que nos referimos acima.

III. O ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PROCESSUAIS DE CONSUMO

Em função da estreiteza deste ensaio, voltamos o foco de nossa atenção para a questão da prova dentro do CDC, e mais precisamente, para o princípio da inversão do seu ônus na relação processual de consumo.

Sublinhe-se, para que não parem dúvidas nos espíritos dos mais cautelosos intérpretes: a regra insculpida no inciso VIII do art. 6º da Lei 8.078/90, referente à inversão do *onus probandi* é regra processual.¹⁷

Desse modo é inegável que tal norma também tenha sido “colorida com as tintas” diferenciais que a Lei 8.078/90 espargiu sobre os institutos jurídicos, sempre que estiverem ligados às relações de consumo.

Ou seja, no âmbito das relações de consumo, sempre que em função destas surgir um litígio que dependa de composição judicial, a prova deve estar subsumida aos princípios que informam o sistema consumerista.

Classicamente, segundo regra consagrada na legislação processual, o ônus da prova compete ao autor “quanto ao fato constitutivo do seu direito”, cabendo ao réu, tão só a prova da “existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (art. 333, I e II do CPC).

Ou seja, tradicionalmente, o réu tem posição mais cômoda no âmbito do processo.

Como bem ensina o Prof. José Eduardo Carneira Alvim, reportando-se à Calamandreï, *verbis*:

“Não tanto, pois, o interesse, mas o ônus é que é preciso considerar: o ônus da afirmação e da prova. Para o réu isto acontece somente quando o ‘não afirmar’ e ‘não provar’ lhe traria prejuízo; mas só acontece quando o autor haja provado nos autos os fatos idôneos para constituir o direito que reclama, de forma que o juiz deveria agora acolher a sua demanda, se o adversário não afirmar e provar fatos que obstruam o acolhimento. Enquanto tal não aconteça, o réu pode limitar-se a negar pura e simplesmente, mesmo no caso de

¹⁷ Sobre ônus da prova confirmam-se os ensinamentos de CÂMARA, Alexandre Freitas, nas **Lições de Direito Processual Civil**, 2ª edição, v. I, Lumen Juris, p. 344/352.

negação indireta, ou seja, um fato incompatível com aquele afirmado pelo autor (negatio per positionem); ele não tem, por enquanto, a necessidade de provar o fato que afirma, porque sua afirmação é feita só para negar a existência do fato deduzido pelo autor como fundamento de sua demanda”¹⁸

Ao estabelecer o Codecon no art. 6º, inciso VIII, que:

“São direitos básicos do consumidor:

...

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”

Fez a lei, como bem refere o já mencionado jurista Sérgio Cavalieri Filho, “uma verdadeira revolução”, deixando de lado o princípio tradicional relativo ao ônus da prova e criando uma regra nova e diferenciada para as lides de consumo.

É que certamente não haveria sentido algum, se o Código, firmasse, como firmou, nos arts. 4º e 6º, os princípios que regem as relações consumeristas sob o aspecto normativo, trazendo grandes e auspiciosas inovações no campo do direito material, como os princípios da transparência máxima, da vulnerabilidade do consumidor, da efetiva proteção de seus interesses, da boa-fé objetiva, com os consectários direitos à proteção, educação, informação, modificação de cláusulas abusivas ou enganosas, se não fixasse, por igual, princípios que viabilizassem a efetivação processual daqueles.

Eis aqui como se perfaz o processo civil de resultados, um processo que instrumentaliza de forma eficiente os direitos subjetivos que a lei preconiza.¹⁹

¹⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo, **Elementos de teoria geral do processo**, 7ª edição, Forense, 2000, p. 234.

¹⁹ Transcrevemos: “o processo é miniatura do Estado democrático (ou “microcosmos do Estado de direito”), por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva de seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia” de acordo com as conclusões de DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 446.

Por conseguinte, indiscutível que o princípio da inversão do ônus da prova é, no *locus* processual consumerista, princípio de defesa primário, cabendo ressaltar que, sem que este princípio se implemente não têm os consumidores qualquer chance frente aos fornecedores de produtos e/ou serviços.²⁰

O consumidor é vulnerável e essa fragilidade reconhecida pela lei, importa em constante e inafastável, salvo em hipóteses excepcionais, hipossuficiência econômica, informativa ou técnica.

Ou seja, o consumidor ou é economicamente carente e não tem como afirmar seus direitos frente aos fornecedores, ou carece de informações a respeito do que está a consumir, ou, mesmo possuindo as informações não as compreende, pois lhe são tecnicamente incompreensíveis.

Pretendeu, por conseguinte, a lei, criar com a regra do inciso VIII, um direito subjetivo do consumidor (mais um dentre outros tantos que pelo digesto de proteção ao consumidor se espalham).

Dessa forma é de se concluir que não está o Juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo.

Relembre-se que a prova é feita para que o Juiz conheça o conflito e possa chegar à conclusão mais justa, que, como se viu alhures, há de lastrear-se na vida real do jurisdicionado.

E aqui é importante observar que apesar de estabelecer o Código de Processo Civil que o ônus da prova incumbe ao autor, conforme se referiu acima, em nenhum momento, no curso do procedimento regido pelo CPC, isto é mencionado, ou seja, nem ao despachar a inicial, nem no saneador, nem na audiência, o Juiz informa:

“defiro as provas pleiteadas sendo que na forma do art. 333, I, do CPC o ônus da prova incumbirá ao autor.”

Se o Juiz não faz isso no cível, é porque nenhum operador do direito desconhece tal fato.

²⁰ Sem a inversão do ônus da prova de ofício pelo Juiz, quando a parte vem desacompanhada de advogado ao processo, no rito da Lei nº 9.099/95 (nas causas até 20 salários-mínimos - art. 9º), não há a implementação da garantia constitucional da ampla defesa, cuja dimensão ou existência o leigo desconhece.

Por esse motivo entendemos que no âmbito de qualquer processo, que envolva relação de consumo, seja na Justiça Comum, seja na Especial, não é necessário que o Magistrado alerte as partes, em qualquer momento, que se aplica ao procedimento a regra legal da inversão do ônus da prova.

Estando pois o Juiz ante um conflito que tenha fincas em uma relação de consumo, deve inverter o ônus da prova, sem necessidade de aviso prévio, pois que tal inversão é direito subjetivo do autor.

A lei não é mais tão nova, e os Juízes não têm, como parcela de seu múnus, a obrigação de ensiná-la aos operadores do direito que atuam no processo. Assim, os fornecedores de produtos e serviços têm a obrigação de saber que, assim como agora respondem objetivamente pelos fatos ou vícios dos produtos e serviços que põem no mercado de consumo, assim como está vedada a propaganda enganosa ou abusiva, assim como a oferta se tornou vinculante, quando acionados em Juízo deverão de pronto municiar-se com as provas necessárias e demonstrar aquelas excludentes de responsabilidade que o CDC admite (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou que não colocou o produto no mercado, ou ainda, que os defeitos do produto ou serviço não existem).

É verdade que o inciso VIII do art. 6º do CDC menciona que fica *a critério do Juiz* a inversão do ônus da prova, ou seja, o Juiz poderá inverter o *onus probandi* ou não, de acordo com suas pessoais convicções a respeito da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.

A esse respeito, lembramos no entanto que, quando se fala em direito subjetivo da parte, como aqui é o caso, a jurisprudência tem entendido que, em verdade, o “a critério do juiz”, que corresponde ao “poderá” inserido em outros dispositivos legais, há de ser interpretado como “deverá”, principalmente em sede consumerista onde as normas são de ordem pública e, por conseguinte, de aplicação obrigatória.

Assim, lembre-se por exemplo que, no caso da concessão de liberdade provisória ao réu preso em flagrante, muito embora o art. 310 do Código de Processo Penal utilize a palavra “poderá”, ao referir a possibilidade de o Juiz conceder ao réu o benefício nas hipóteses que menciona, já de muito é unânime a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que “não é somente uma faculdade do juiz conceder a liberdade provisória” caracterizando-se em “coação ilegal” a decisão judicial que a nega uma vez presentes seus requisitos.²¹

²¹ Veja-se JESUS, Damásio E. de, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 10ª edição, 1993, comentários ao art. 310 CPP.

O mesmo ocorre no que tange a concessão de fiança, muito embora o art. 322 do CPP também utilize a expressão “poderá”. A esse respeito o STF já estabeleceu que a fiança é “direito do réu e não faculdade judicial, se presentes os seus requisitos”.²²

Recentemente o mesmo posicionamento têm tido a doutrina e a jurisprudência no tocante ao instituto da suspensão condicional do processo, afeto à Lei nº 9.099/95, previsto em seu art. 89, que fixa:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 Código Penal).”²³

E é esse exatamente o entendimento tocante a vários outros dispositivos legais que, mormente deixem, do ponto de vista literal, uma opção ao Juiz, pretendem, em verdade, concretizar um direito da parte, e, por conseguinte, obrigam o Juiz, caso os pressupostos de tal direito estejam presentes.

Desse modo, se o Código de Defesa do Consumidor estabelece ser a inversão do ônus da prova, um direito do consumidor (frise-se que os outros dispositivos trazidos à guisa de exemplos, não o fazem), e se a Lei 8.078/90, estabeleceu que o consumidor é vulnerável sempre que envolvido em uma relação de consumo, e, por derradeiro, se a lei em questão veio à lume para proteger o consumidor, não podem restar dúvidas de que, o Julgador tem o dever de inverter o ônus da prova no processo, presentes seus requisitos, independente de prévio alerta ao réu, que há de trazer aos autos as provas necessárias para ilidir sua responsabilidade objetiva, o que é mais um dever que a nova lei lhe impõe.

Desse modo, **data venia** de doutos posicionamentos em contrário, o consumidor, quando em Juízo, tem automaticamente garantida a modifica-

²²idem, ibidem, comentários ao art. 322 CPP.

²³Confira-se a respeito o ensinamento de BATISTA, Weber Martins, no livro **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, que preleciona: “...se o autor do fato praticou crime punido com pena mínima não maior de um ano e, por outro lado, satisfaz os pressupostos mencionados no art. 89 da Lei nº 9.099/95, tem ele *direito* à suspensão condicional do processo. Como a concessão desta não fica na dependência da iniciativa exclusiva de ninguém, ainda quando o Ministério Público ou o ofendido não a proponha, *deverá* o juiz concedê-la.”

ção do encargo probatório a seu favor, militando por igual em seu prol a presunção de verossimilhança das alegações e hipossuficiência.²⁴

O entendimento contrário, vem ao arrepio dos princípios informativos do sistema de proteção ao consumidor inaugurado pela Lei 8.078/90, além de afrontar o moderno processo civil de resultados, vez que de há muito se conhece a dificuldade em provar fatos relativos ao consumo de produtos ou serviços.

Convém ainda transcrever a lição da ilustre Promotora de Justiça paulista Cecília Matos:

*“A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de non liquet, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei nº 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa.”*²⁵

²⁴ Um contraponto eloqüente ao posicionamento exposto é revelado pelo Magistrado carioca Rogério de Oliveira Souza quando o mesmo expressa: “O art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, estatui que um dos princípios reitores da “política nacional das relações de consumo” é o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Logo, se o consumidor por suas condições intrínsecas (sociais, econômicas e jurídicas) não se apresenta como “vulnerável”, não há de receber o beneplácito legislativo da comodidade probatória ... A situação se revelaria extremamente injusta e irracional, segundo o próprio sistema estabelecido pela lei, posto que transformaria o processo em encargo extremamente penoso para o próprio fornecedor, em afronta aos próprios princípios estabelecidos no art. 4º do CDC.” Texto “Da inversão do ônus da prova”, **Revista da AMAERJ** – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, dez/2000.

²⁵ MATOS, Cecília, in **Código de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Forense Universitária, texto transcrito da monografia “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, dissertação de mestrado da professora junto à Universidade de São Paulo, que é citado por FILOMENO, José Geraldo Brito, nos seus comentários ao inciso VIII do art. 6º no livro acima referido, p. 129.

Se pretende o Juiz estar adequado ao seu tempo e às novas e constantes demandas do cidadão, e se entende seu papel inovador e transformador da realidade social, deve ter por certo seu compromisso com os cânones da Lei 8.078/90. O entendimento de que necessário o aviso prévio sobre a inversão, nas palavras argutas do já referido José Augusto Garcia, “emascularia por completo a inversão probatória” e “alcançaria o prodígio de, em muitos casos, comparativamente ao regime processual anterior, piorar a situação do consumidor.”

IV. CONCLUSÃO

Se o escopo da Jurisdição é a pacificação de conflitos de interesses, e se a paz só se perfaz com uma composição justa dos interesses conflitantes, não basta mais ao Juiz cível buscar tão só a verdade formal.

É preciso chegar o Julgador o mais próximo à verdade real que lhe for possível.

Uma decisão dissociada da realidade, no cível, pode ter dramáticas conseqüências, tanto quanto no processo penal, posto que há vida nas páginas de um processo.

Ocorre que, diante da inegável desigualdade de forças econômicas e sociais, o teatro processual termina por ser um conto de ficção quando o Juiz não se propõe a descobrir o que ocorreu na coxia.

Para que a descoberta de tal realidade, muitas vezes dramática, se revele, é preciso aposentar algumas tradições.

A Lei 8.078/90 ousou fazê-lo, e quando surge o novo é sempre muito comum que as correntes conservadoras vejam nele, não o instrumento de desenvolvimento e progresso, mas uma fonte de destruição do *status quo*.

O operador do direito sintonizado com o momento de mudança pelo qual inegavelmente passam as relações jurídicas, precisa estar ciente de que estas mudanças chegaram também ao “mundo do processo” e que este, doravante, não pode mais ser um mundo à parte, paralelo ao real.

Como leciona com propriedade Cândido R. Dinamarco:

“O processo, sendo espelho do Estado em que vive, no Estado de direito contemporâneo de cunho social, há de ser também marcado pela legalidade e dotado de meios que assegurem a liberdade, a igualdade dos litigantes.

...

*O atraso do processo, com relação às conquistas sociais e políticas da humanidade e da nação (e mesmo com referência ao espírito do direito substancial, evoluído a partir dessas conquistas) deve-se em parte ao preconceito consistente em considerá-lo como mero instrumento técnico, ou considerar o direito processual como ciência neutra.”*²⁶

Destarte, se a mudança surge na hipótese, não mais através da doutrina ou da jurisprudência, como soe ocorrer via de regra, mas pela lei, uma lei também de cunho inegavelmente processual, não há como tentar afastar o intérprete a intenção do legislador, mantendo uma versão tradicional para um leque de interpretações que a própria lei recontextualizou.

O Codecon visa a proteção do consumidor e, assim, traz normas processuais que garantem ao mesmo tal desiderato.

Assim sendo, em qualquer processo onde se esteja discutindo conflito resultante de relação de consumo, o Juiz deverá sempre, inclusive de ofício, pois a lei revela no art. 1º ser de ordem pública, sem qualquer requerimento da parte, inverter o ônus da prova a favor do consumidor.

Se posteriormente, ao final da instrução, o Magistrado concluir que o consumidor não tem razão, deverá julgar improcedente o pedido.

A lei não estabeleceu que o Juiz deve sempre julgar favoravelmente ao consumidor demandante, mas tão só de acordo com a filosofia de proteção à parte mais frágil na relação de consumo que implantou, que o ônus da prova deve ser invertido em favor deste.

De qualquer forma, é preciso que se esclareça que ao consumidor sempre competirá provar os danos que alega ter sofrido, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano cuja composição está a pretender.

A prova que compete ao fornecedor fazer é aquela que diz respeito ao fato danoso em si.

Nas relações de consumo tem ficado claro que o fornecedor retém não só os documentos relativos ao contrato de fornecimento de produtos e serviços, como também todas as informações complementares que não chegam ao consumidor.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 446.

Exemplo típico e que gerou enorme controvérsia antes da vigência do CDC, eram as ações que versavam sobre possíveis erros médicos praticados em centros cirúrgicos por equipes médicas de hospitais públicos ou privados.

Como esclarece o Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Junior:

*“São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que está pelas condições próprias da doença, é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.”*²⁷

Diante disso, forçoso é concluir que a distribuição do ônus da prova no processo civil é fator determinante da justiça ou injustiça das decisões jurisdicionais em um grande número de casos, mormente naqueles em que há indubitavelmente a fragilidade maior de uma das partes em face da outra.

De qualquer modo é prudente observar que a busca da prestação jurisdicional justa não deve cair na outorga paternalista de decisões sempre favoráveis ao consumidor para que não se instale a “ditadura do consumidor”.

Tal cuidado compete sempre ao Magistrado, independentemente dos mecanismos legais que lhe são disponibilizados.

Como arrematam os autores do excelente **Teoria Geral do Processo**:

²⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de, in artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, ano 84, ago/95, v. 718. P. 33/53 intitulado “Responsabilidade civil do Médico”. Neste texto expõe o eminente Ministro do STJ, a imperiosa necessidade de, mesmo quando a ação de responsabilidade civil é proposta em face do médico individualmente considerado, e levando em conta o chamado “princípio da carga dinâmica da prova”, imputar-se o *onus probandi* ao médico e/ou ao hospital, sob pena de graves injustiças.

“O sistema de persuasão racional é o acolhido em nosso direito que o consagra através do art. 131 do CPC (“o juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão os motivos que lhe formaram o convencimento”), a cuja orientação se deve cingir a interpretação da regra contida no art. 157 do CPP (“o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova”).²⁸

De nada adiantará um novo direito pátrio cobrindo com seu manto de proteção os consumidores, se esse direito não encontrar caminhos processuais que lhe determinem eficácia no momento em que surge o conflito.

A inversão do ônus da prova a favor do consumidor é este mecanismo implementador de mudança.²⁹ ◆

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 3ª edição, RT, p. 319.

²⁹ O tema desenvolvido neste trabalho veio sendo trabalhado por nós, fática e concretamente, nas Decisões que prolatamos em Sentenças junto ao I Juizado Especial Cível da Comarca do Rio de Janeiro e, posteriormente, nos votos como Relator junto à I Turma Recursal do Rio de Janeiro. A idéia que desenvolvemos acima, foi levada à discussão plenária por ocasião do II Encontro de Juízes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, organizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 24 a 26 de novembro próximo passado. Das discussões levadas a efeito sobre o tema foi aprovado, por unanimidade, o Enunciado nº 9, do seguinte teor: “A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, CDC), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva.” (DORJ 1º/12/2000, Parte III). Anote-se ainda, a título de conclusão, que a temática acima trabalhada, a qual indica a absoluta desnecessidade de advertir o Juiz à parte contrária no processo, de que irá inverter o *onus probandi* a favor do consumidor, é aplicável a todos os procedimentos que envolvam relação de consumo, onde estiverem tramitando, não se excluindo portanto, as ações interpostas em Varas Cíveis, e nem tampouco as coletivas.